

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2009 DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN. LA GARANTÍA
INSTITUCIONAL DEL DESCANSO DOMINICAL COMO CONCRECIÓN DEL
DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA**

Por

MARÍA J. ROCA FERNÁNDEZ
Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Complutense de Madrid

mjroca@der.ucm.es

Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado 22 (2010)

SUMARIO: 1. Introducción: descripción del marco legislativo objeto de recurso. 2. Posición de la parte demandante. 3. Toma de posición de personas jurídicas afectadas. 4. Posición del legislador del Estado de Berlín. 5. Argumentos de Derecho del Tribunal Constitucional. 5.1. Decisión sobre cuestiones procesales previas. 5. 2. Argumentos. 6. Síntesis.

**1. INTRODUCCIÓN: DESCRIPCIÓN DEL MARCO LEGISLATIVO OBJETO DE
RECURSO**

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha dictado una sentencia el 1 de Diciembre de 2009, en que la actuaban como demandantes la Iglesia evangélica de Berlín, Brandeburgo y Oberlautzig de Silesia y el Arzobispado de Berlín contra determinados preceptos de la ley berlinesa de horarios de apertura comerciales ¹. Los preceptos impugnados violaban el Derecho fundamental garantizado en el art. 4,1 y 2 de la Ley Fundamental alemana ², así como la garantía contenida en el art. 139 de la Constitución de Weimar ³, vigente por remisión del art. 140 ⁴ de la mencionada Ley Fundamental.

¹ Berliner Ladenöffnungsgesetz (ley berlinesa de apertura de comercios) de 14 de noviembre de 2006.

² El texto de la Ley Fundamental puede consultarse en alemán según el texto oficial del Bundesministeriums der Justiz in Zusammenarbeit mit der juris GmbH -www.juris.de en el siguiente sitio web: <http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html> No conocemos una traducción española actualizada, que contenga la última reforma federal.

Antes de la llamada Reforma del Federalismo I, que tuvo lugar en el año 2006, los horarios de apertura de los comercios estaban unificados en todo el territorio federal por ley ⁵. Según esta ley, en la última de sus modificaciones, y después de reiteradas ampliaciones de los horarios de apertura, los comercios durante los días laborables debían permanecer cerrados desde las 20:00 h. hasta las 6:00 h. del día siguiente. En principio, los días festivos y domingos se prohibía la apertura con algunas excepciones, que podían autorizar los gobiernos de los Estados federados, para los casos de mercados especiales, ferias o instalaciones parecidas, y también en puestos especiales. La apertura de los comercios en estos casos no podía exceder de cinco horas continuadas, y en ningún caso podía prolongarse después de las 18:00 h. Además, esas cinco horas tenían que situarse fuera de los horarios habituales de los principales servicios religiosos. Los domingos y festivos del mes de Diciembre debían en todo caso ser días cerrados al comercio.

Esta ley federal contiene una regulación especial para los puestos de venta en determinados lugares como los situados en estaciones de ferrocarril o en zonas rurales. Así mismo, hay reglas especiales para determinado tipo de mercancías (medicamentos, flores, periódicos y revistaas, por ejemplo). La mencionada ley federal también habilitaba a los gobiernos de los *Länder* a autorizar en sus reglamentos, para los lugares en los que hay un tráfico mayor de forasteros como balnearios, lugares de excursión, de romería o de ocio, la apertura hasta un máximo de 40 domingos y festivos al año, limitando en estos casos el horario de apertura a ocho horas. Sólo determinadas mercancías quedaban exceptuadas de esta limitación, cuando a juicio de las autoridades públicas del *Land*, se tratase de excepciones “de urgente necesidad en interés general” (*im öffentlichen Interesse dringend nötig*).

A consecuencia de la reforma federalista del año 2006, el Derecho relativo al cierre de los comercios dejó de formar parte de las competencias concurrentes del legislador sobre las materias económicas (art. 74, 1, 11º de la Ley Fundamental) y los *Länder* han

1. La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables.

2. Se garantizará el libre ejercicio del culto.

3. Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a realizar el servicio militar con armas. La regulación se hará por una ley federal.

³ Artículo 139 (Constitución de Weimar): “El domingo y los días festivos reconocidos oficialmente quedarán protegidos por ley como días de descanso laboral y de recogimiento espiritual”.

⁴ “Las disposiciones de los artículos 136, 137, 138, 139 y 141 de la Constitución Alemana del 11 de agosto de 1919 son parte integrante de la presente Ley Fundamental”.

⁵ La Ladenschlussgesetz de 28 de noviembre de 1956 ha experimentado diversas reformas, la última de 31 de octubre de 2006.

ido dictando normas sobre horarios comerciales, que en algunos casos han sobrepasado los límites de la ley federal. Así, por ejemplo, en el Estado de Schleswig-Holstein, al regular la excepción permitida en los balnearios no se hace distinción alguna de las clases de mercancía que se permite vender. En otros Estados se ha respetado la limitación horaria establecida por la federación, pero no se ha respetado la vinculación de las excepciones a lugares especiales. Muchos Estados de la federación han permitido la apertura de 4 domingos ⁶. Pero en todo caso, siempre se había respetado en la mayoría de los Estados que los comercios deben permanecer cerrados los cuatro domingos de Adviento y los festivos del mes de diciembre. Sin embargo, en Berlín, Brandeburgo, Sajonia y Sajonia-Anhalt las leyes de horarios comerciales no respetan los cuatro domingos de Adviento. Se puede decir, según resume el propio Tribunal Constitucional Federal, que con excepción de las leyes de Sajonia y de Berlín, las de los demás Estados respetaban de un modo u otro las prescripciones generales sobre las excepciones al principio general de que los domingos los comercios deben estar cerrados, previstas en el art. 23 de la ley federal de horarios comerciales.

La ley berlinesa llega a permitir la apertura de comercios durante diez domingos o festivos al año. Esta previsión tan elevada no respeta el criterio federal de que las excepciones deben estar ligadas a requisitos muy precisos. Además, la ley de Berlín no establece limitación alguna en los horarios de apertura de los días laborables. Todos los comercios, si lo desean, pueden permanecer abiertos durante 24 horas al día.

La regulación del horario comercial de los domingos se prevé en Berlín del siguiente modo. Se permite la apertura de los comercios los domingos de Adviento -sin que se exija ningún requisito ni condición- entre las 13:00 y las 20:00 horas. Además, en interés general, pueden abrirse los comercios 4 domingos más al año, según lo considere oportuno la Administración Pública competente. En estos casos no se prevé limitación temporal alguna. Adicionalmente, cada comercio puede solicitar de la Administración del distrito permiso para abrir otros dos domingos o días festivos con ocasión de acontecimientos especiales, como un aniversario de la empresa, o una fiesta de la calle. En estos casos, el horario permitido es entre las 13:00 y las 20:00 horas. Quedan excluidas de la posibilidad de apertura las siguientes fechas: El 1 de enero, el 1 de mayo, el viernes santo, el domingo de Resurrección, el domingo de Pentecostés, el día de luto popular y el día de los difuntos y los días festivos de diciembre. A lo largo de los años 2007 a 2009 la administración berlinesa ha hecho uso de sus competencias para permitir al máximo la apertura de los comercios.

2. Posición de la parte demandante

⁶ En Baden-Württemberg solamente tres, y en Brandenburg, en cambio, seis.

Debido a que los argumentos de la parte demandante fueron sustancialmente asumidos por el propio Tribunal en la argumentación del fallo, no se exponen aquí *in extenso*. En esencia, sostiene que el art. 139 de la Constitución de Weimar ha sido violado por la ley berlinesa, en la medida en que el descanso dominical llega a ser irreconocible en la sociedad. Puesto que el art. 139 de la Constitución de Weimar es una concreción, a favor de las Confesiones que son corporaciones de Derecho público, del derecho de libertad religiosa contenido en el art. 4, 1 y 2 de la Ley Fundamental, estas Confesiones pueden interponer el recurso de amparo en defensa de su derecho fundamental, y el legislador de cada *Land* debe considerar la garantía institucional del descanso dominical como un límite al ejercicio de sus competencias.

3. Toma de posición de personas jurídicas afectadas

Tal como se prevé en la Ley de procedimiento constitucional en Alemania, el Tribunal requirió la toma de posición de personas jurídicas afectadas. En este procedimiento emitieron una toma de posición un número relevante de personas jurídicas afectadas. Unas son pertenecientes a los poderes públicos, como la Casa de los Diputados y el Senado de Berlín, el Gobierno de Brandeburgo, el de Turingia y el Tribunal administrativo federal; otras, de carácter religioso o ideológico, como la Conferencia Episcopal, la Iglesia Evangélica en Alemania, la Federación de Comunidades religiosas libres, la Asociación de comunidades ideológicas libres, y diversas asociaciones humanistas, entre otras; asimismo, se posicionaron también los actores de la vida económica como la Comunidad federal de trabajadores de las áreas comerciales grandes y medianas, y del comercio individual, la Asociación federal de trabajadores alemanes, la Cámara de comercio de Berlín y de Colonia, el sindicato de trabajadores de Brandeburgo, la Cámara de comercio e industria del mismo *Land* y la Federación de sindicatos alemanes. En la sentencia se recoge exclusivamente la posición del demandado.

4. Posición del legislador del Estado de Berlín

La Casa de diputados y el Senado de Berlín conjuntamente estimaban que los recurrentes carecían de capacidad procesal y de legitimidad en el proceso para interponer un procedimiento en recurso de amparo. El Tribunal Constitucional ha declarado en otras ocasiones que del art. 140 de la Ley Fundamental no se derivan legitimaciones subjetivas. El art. 139 de la Constitución de Weimar es una garantía institucional, que obliga objetivamente al legislador a proteger al menos en un estándar mínimo a los domingos y días festivos en la regulación de los horarios comerciales.

La tesis de una subjetivización del art. 139, porque se ha puesto en peligro el domingo, no se puede sostener. Un derecho subjetivo al recurso de amparo en virtud de la especial cercanía entre el art. 139 de la Constitución de Weimar y el art 4 de la Ley Fundamental tampoco puede sostenerse.

El tenor literal del art. 139 Constitución de Weimar no permite reconocer que la especial protección de los domingos en la Constitución sea un asunto que concierna especialmente a las Iglesias, sino que debe ser entendido de un modo secularizado. Cualquier otro modo de entender este precepto sería incompatible con la neutralidad ideológica del Estado. El hecho de que el art. 4 de la Ley Fundamental y el art. 139 de la Constitución de Weimar tengan un contenido que sea interdependiente, no significa que el art. 139 otorgue a las Iglesias un derecho subjetivo de amparo. En esta materia hay entrelazados motivos religiosos e intereses económicos y comerciales, y esto impide que puedan hacerse titulares individuales del derecho de amparo a la Iglesias en esta materia como ellas pretenden. Si eso se admitiera, se estaría dando el primer paso hacia la admisión de amparo popular. El art. 4 de la Ley Fundamental garantiza la conducta motivada por razones religiosas, también y precisamente los domingos, pero el establecimiento de las condiciones marco y de la regulación de los domingos en general, a la que se refiere el art. 139 de la Constitución de Weimar, no está comprendida dentro de la libertad religiosa.

La legitimación para que las Iglesias interpongan recurso de amparo falta incluso cuando se contemple al art. 4 de la Ley Fundamental como un precepto abierto a los intereses de las Iglesias en el domingo. Las dos Iglesias demandantes de amparo no han sido directamente afectadas por la ley berlinesa de apertura de horarios comerciales. Los reglamentos objeto de recurso no puede considerarse que lesionen la garantía del art. 139 de un modo que no pueda exigírseles, pues ya en la ley de horarios comerciales de 5 de febrero de 1919, los principios generales de apertura de horarios comerciales coincidían en lo fundamental con los supuestos especiales como las farmacias. Ese era el supuesto de hecho sobre el cual el art. 139 formuló el término “permanecen... protegidos”. La actual ley berlinesa objeto de recurso es más comedida, si se la compara con la vigente en 1919, cuando el constituyente declaró “permanecen”.

Estas son, en lo esencial, las posiciones enfrentadas de los demandantes de amparo y los demandados. Este comentario jurisprudencial no parece el lugar oportuno para una exposición más extensa. Nos remitimos a un estudio posterior, que se publicará más adelante.

5. Argumentos de Derecho del Tribunal Constitucional

5.1. Decisión sobre cuestiones procesales previas

El Tribunal Constitucional Federal admitió la capacidad procesal y la legitimidad para el proceso de las Iglesias evangélicas y del Arzobispado de Berlín para interponer el recurso de amparo, sin que el deber de agotar la vía judicial previa pudiera oponerse al recurso interpuesto. El Tribunal reiteró que las personas demandantes, aunque sean personas jurídicas de Derecho público, pueden interponer recurso de amparo ante cualquier lesión del derecho de libertad religiosa, del que son titulares⁷. Los preceptos sobre los que estas personas jurídicas hacen valer su derecho son el art. 4,1 y 2 de la Ley Fundamental, en relación con el art. 140 del mismo texto y art. el 139 de la Constitución de Weimar. La lesión de los derechos garantizados en estos preceptos otorga la posibilidad de defenderlos en la vía de amparo, y en la demanda aparece como posible una lesión actual y directa. La posibilidad de violación de un derecho fundamental existe cuando el amparo se plantea sobre una cuestión que no ha sido decidida por el Tribunal Constitucional⁸. El Tribunal Constitucional no se había pronunciado hasta ahora sobre esta cuestión: la influencia que ejerce la protección del domingo como de la garantía institucional de Derecho objetivo (contenida en los art. 140 de la Ley Fundamental en relación con el 139 de la Constitución de Weimar) sobre el derecho fundamental garantizado en el art. 4, 1 y 2, en el sentido de una concreción y reforzamiento de ese derecho.

Hasta ahora el Tribunal Constitucional siempre que se había pronunciado acerca del art. 139 de la Constitución de Weimar lo había hecho en supuestos en los que los titulares del derecho fundamental, se consideraban lesionados, porque veían limitado su derecho a la libertad de ejercicio profesional, al verse forzosamente abocados a las excepciones de la protección de domingos y festivos prevista en la ley⁹. El Tribunal Constitucional también ha decidido que el art. 140 de la Ley Fundamental no tiene el carácter de Derecho fundamental¹⁰, pero es una cuestión abierta si y en qué medida el juego conjunto de los arts. 139 de la Constitución de Weimar y el 4, 1 y 2 de la Ley Fundamental permite a las Confesiones religiosas, o a otros afectados, la reafirmación de la protección de los domingos y festivos. Tampoco ha sido contestada nunca la cuestión de si a través de la garantía institucional del art. 139, el derecho fundamental del art. 4, 1 y 2 se concreta y se refuerza, y con ello el descanso laboral y la posibilidad de sosiego espiritual entra dentro del objeto de protección del derecho fundamental. Se plantea también la cuestión de si precisamente la protección de los domingos es un

⁷ El Tribunal cita al respecto la reiterada jurisprudencia anterior en este sentido.

⁸ Esta cuestión decisiva en la admisión de recursos de amparo quedó claramente determinada a partir de la Sentencia de referencia BVerfGE 94, 49, 84.

⁹ Este supuesto fue decidido en la sentencia de referencia BVerfGE 111, 10.

¹⁰ Este extremo quedó aclarado desde jurisprudencia muy temprana: BVerfGE 19, 129.

límite que la protección de un derecho fundamental marca a la apertura de los comercios.

5. 2. Argumentos

El Tribunal ha reiterado que las garantías de los “artículos eclesiásticos” de la Constitución de Weimar están dirigidas a la función del ejercicio y disfrute del derecho fundamental de libertad religiosa ¹¹.

A juicio del Tribunal, las Iglesias demandantes demostraron que eran parte afectada por la normativa berlinesa, aunque no fueran destinatarias directas de la ley de horarios comerciales. El Tribunal considera que los comercios abiertos y el sosiego espiritual no se excluyen totalmente. Los actos de culto pueden tener lugar, ciertamente, tanto mientras los comercios están abiertos como durante el tiempo que permanecen cerrados. Pero las Iglesias demandantes se sienten afectadas en la medida en que, si los comercios permanecen abiertos con carácter general en los domingos y festivos, se pierde el carácter del domingo o festivo como día de descanso laboral, se deja de tener conciencia del domingo como día de sosiego espiritual en su significado religioso. Este significado religioso subyacente está en la base para que el art. 139 de la Constitución de Weimar se pueda considerar una concreción del contenido del art. 4, 1 y 2, al que las Iglesias demandantes apelan. Las Iglesias están afectadas en la medida en que la normativa que permite la apertura de los comercios, incluso en los domingos de Adviento, está en vigor y se aplica, sin necesidad de ningún otro acto ejecutivo.

El Tribunal considera fundados los recursos porque el concepto de protección de los domingos y festivos que subyace en la normativa berlinesa no respeta el deber de protección (derivado del art. 139 de la CW y del art. 4,1 y 2, de la Ley Fundamental) que tienen los legisladores de los *Länder*. Este deber de protección tiene, según expone el Tribunal, junto a un significado social secularizado, un enraizamiento en la tradición religiosa cristiana. Según esto, resulta necesario que los legisladores presten un nivel mínimo de protección a los domingos y a los festivos reconocidos por ley a las Iglesias. Este estándar mínimo no lo cumple la legislación berlinesa al permitir la apertura de los comercios en los cuatro domingos de Adviento. La regulación que permite la apertura de cuatro domingos y festivos más, a disposición general de los comerciantes, sólo sería constitucional si se interpreta de modo restringido el nivel mínimo necesario exigido al legislador. Las demás prescripciones de la ley berlinesa se estiman constitucionales.

¹¹ Se afirmó por última vez, con anterioridad a la sentencia que comentamos en: BVerfGE 102, 370, 387.

Según la jurisprudencia constitucional alemana, de los derechos fundamentales no se deriva exclusivamente un derecho subjetivo de defensa frente a las agresiones del poder público, sino que se deriva también para el Estado un deber de protección del bien jurídico que contiene cada derecho. Ante las negligencias del poder público en el cumplimiento de su deber, pueden los sujetos afectados hacer valer su derecho mediante el recurso de amparo. En consecuencia, el derecho de libertad religiosa no se reduce, pues, a su naturaleza de derecho de defensa (*Abwehrrecht*) frente a agresiones, sino que tiene también el significado positivo de asegurar la activa realización de las convicciones religiosas y la práctica de una personalidad autónoma en el ámbito religioso e ideológico (apartado II, n. 1 de la sentencia). Este deber de protección lo tiene el Estado también frente a las Confesiones religiosas que son corporaciones de Derecho público.

Este deber de protección no está predeterminado en la Constitución. Por el contrario, es responsabilidad de los órganos del Estado, especialmente del legislador, determinar cómo hacer frente a sus deberes constitucionales. El legislador tiene atribuido un marco de actuación para valorar y determinar la protección que se debe otorgar a cada bien jurídico, según su propia concepción y el Tribunal Constitucional sólo puede determinar que se ha producido una lesión del deber de proteger un bien jurídico, cuando se produzca una inversión del bien protegido en su contrario o cuando las medidas adoptadas sean insuficientes, inadecuadas o ilegítimas para alcanzar el fin de protección.

Del art. 4,1 y 2 exclusivamente no se permite extraer un deber estatal de proteger el domingo y los días festivos cristianos, de modo que se extienda un deber general de respetar el descanso laboral y las festividades, según la concepción cristiana. Pero este precepto experimenta una concreción en el art. 139 de la Constitución de Weimar, de modo que se puede decir que la garantía de los domingos y festivos es la valoración y concreción que hace el propio legislador constitucional del deber de protección contenido en el art. 4. Por ello, los legisladores ordinarios están obligados a respetarlo. El art. 139 de la Constitución de Weimar contiene, pues, un encargo de protección dirigido a los legisladores, que debe ser interpretado en el sentido de un nivel mínimo de protección.

El art. 4 de la Ley Fundamental garantiza en el párrafo primero la libertad de fe, de conciencia y de confesión religiosa o ideológica, y el párrafo segundo garantiza el derecho al libre ejercicio de la religión. Ambos párrafos deben entenderse como un único derecho omnicomprensivo.

La garantía de los domingos y festivos además del significado que le atribuyen las Iglesias cristianas ¹², concretiza de algún modo el principio del Estado social de la Constitución, al considerar que el descanso laboral no sólo promueve y protege el ejercicio de la religión, también contribuye a la regeneración física y psíquica, y con ello, a la inviolabilidad corporal, garantizada en el art. 2, 2 de la Ley Fundamental. El establecimiento de días de descanso unificados contribuye asimismo a la protección del matrimonio y la familia (art. 6, 1 de la Ley Fundamental). También la libertad de reunión (art. 9, 1 de la Ley Fundamental) se ve facilitada al existir días de descanso comunes. Por último, la garantía de los domingos y festivos como días de descanso guarda una relación especial con la dignidad humana, porque traza un límite a la mentalidad económica utilitarista y contribuye al servicio del hombre en cuanto tal.

En el ámbito secular el significado de la protección de los domingos y festivos, y con ellos del descanso laboral en general, resulta sustancial para crear un ritmo sincrónico del trabajo y descanso en la vida social. Mientras que la regulación de la jornada laboral y de la seguridad en el trabajo ejercen su efecto sólo de modo individual, la garantía del descanso laboral periódico en todos los ámbitos del trabajo simultáneamente, es un elemento esencial para las distintas formas de vida social. Esto afecta de modo esencial a las familias, en especial de aquellas en las que hay más de un profesional, pero también a las asociaciones sociales. Incluso las actividades de los partidos políticos están fundamentalmente diseñadas en función de los fines de semana libres y comunes.

6. Síntesis

La garantía institucional del art. 139 de la Constitución de Weimar es una concreción, a favor de las Confesiones que son corporaciones de Derecho público, del derecho fundamental contenido en el art. 4, 1 y 2, del que las Confesiones son también titulares. Por este motivo gozan de capacidad procesal para interponer recurso de amparo, si se cumplen los requisitos exigidos en la ley que regula el procedimiento ante el Tribunal Constitucional.

El derecho de libertad religiosa no se reduce a su naturaleza de derecho de defensa (*Abwehrrecht*) frente a agresiones, sino que tiene también el significado positivo de asegurar la activa realización de las convicciones religiosas y la práctica de una personalidad autónoma en el ámbito religioso e ideológico. Este deber de protección lo tiene el Estado también frente a las Confesiones religiosas que son corporaciones de Derecho público.

¹² El Tribunal cita, después de las raíces judías del descanso sabático, el Catecismo de la Iglesia Católica, números 2172 y 2184 y el Catecismo para adultos de la Iglesia Evangélica, 6ª ed. 2000.

El deber de protección del descanso dominical, que tiene junto al significado social secularizado un enraizamiento en la tradición cristiana, es una garantía institucional de Derecho objetivo que limita la discrecionalidad de los legisladores en el ejercicio de sus competencias. La garantía de los domingos y festivos como días de descanso guarda una relación especial con la dignidad humana, porque traza un límite a la mentalidad económica utilitarista.